



COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
DEL DISTRITO FEDERAL

P R E S I D E N C I A

CDHDF/OE/P/0181/2011

México, D.F., a 29 de agosto de 2011.

CASO: KAREN ATALA VS. CHILE
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ASUNTO: *Presentación de Amicus Curiae*

Comparecemos ante esta Honorable CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (Corte IDH) con el fin de allegar el presente documento **AMICUS CURIAE**, promovido por la COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL (CDHDF)¹ y la Coordinación de la MAESTRIA EN DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA (UIA), ambas con sede en la Ciudad de México, México.

Por la CDHDF suscriben su Presidente Dr. Luis Armando González Placencia; su Consultor General Jurídico Dr. Fernando Francisco Coronado Franco; su Secretario de Vinculación con la Sociedad Civil e Incidencia en Políticas Públicas Dr. José Antonio Guevara Bermúdez; los abogados adscritos a su proyecto de Litigio Estratégico Guadalupe Anel Liliana Ortega Moreno y Edgar Alejandro Gómez Jaimes; así como los colaboradores Nancy Jocelyn López Pérez, José Ricardo Robles Zamarripa, Daniel Antonio García Huerta, Alberto Ulises Quero García, Edna Guzmán García y Sofía Cardona Huerta.

Por la UIA suscriben el Coordinador de la Maestría Dr. José Luis Caballero Ochoa y los alumnos María de los Ángeles Aguirre Bustamante, Cyntia Esther Cárdenas Ruiz de Chávez, María Carina Meguro López y Omar Rábago Vital.

¹ Organismo público autónomo creado en virtud del artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CONTENIDO	página
I. JUSTIFICACIÓN	3
II. OBJETO DEL AMICUS CURIAE	4
III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA	4
IV. BASE FÁCTICA RELACIONADA CON EFECTOS COLECTIVOS DE LAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS ATRIBUIBLES AL ESTADO CHILENO	5
IV.1 Hechos relacionados con la separación	
IV.2 Hechos relacionados con la demanda de tuición	
IV.3 Hechos relacionados con la ley invocada para resolver el caso	
IV.4 Hechos que destacan de la defensa argumentada por el Estado chileno	
a) Excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna.	
b) Excepción preliminar de cuarta instancia.	
c) Fondo del asunto.	
V. VIOLACIONES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 1.1 DE LA CADH POR LA EXISTENCIA DE DISPOSICIONES LEGALES VIOLATORIAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA OMISIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PARA ADECUAR EL DERECHO INTERNO	9
V.1. Disposiciones legales del sistema jurídico chileno	
a) En materia de divorcio	
b) Sobre las reglas para modificar la titularidad de la tuición de los hijos	
c) Sobre la causal de abandono	
d) Sobre la causal de inhabilitación moral de la madre	
e) Sobre el amplio margen de decisión de los jueces	
<i>Legislación aplicable</i>	
<i>Definición de tuición</i>	
<i>Interés superior del niño como criterio de decisión</i>	
<i>Límites al ejercicio de la tuición a cargo de los padres</i>	
<i>Tipos de tuición y valoración de la prudencia para determinar obligaciones</i>	
<i>Criterios para determinar cuándo se otorga la tuición a los padres separados</i>	
<i>Criterio para determinar cuándo la madre puede recuperar la tuición</i>	
<i>Efectos provisionales de las sentencias</i>	
VI. VIOLACIONES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 24 DE LA CADH EN CONEXIÓN CON LOS ARTÍCULOS 6, 7 Y 8 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR,	20

SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER.

VI.1 La obligación de evitar prácticas estereotipadas

- a) Del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia
- b) De los sistemas patriarcales y de los estereotipos
- c) De las leyes chilenas

VII. VIOLACIONES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 1.1 EN CONEXIÓN CON EL ARTÍCULO 24 DE LA CADH, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE REALIZAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*

26

VII.1 La importancia de la interpretación progresiva de los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de los Estados

- a) La consideración de los cambios sociales
- b) Los derechos de las personas de la comunidad LGBTTTI
- c) La función del Poder Judicial frente a la comunidad LGBTTTI
- d) Jurisprudencia nacional comparada

Argentina

México

Sudáfrica

VII.2 Estándar internacional en relación con el interés superior del niño.

VII.3 Interpretación y alcance del principio de "interés superior del niño" a la luz de la Convención de los Derechos del Niño

- a) De la afectación por riesgo
- b) Del deber de incluir la perspectiva de la o el niño dentro del proceso.
- c) No discriminación

VII.4 Ausencia de Control de convencionalidad *ex officio*.

- a) El respeto y garantía de los derechos humanos como obligación constitucional y finalidad del Estado de Chile.
- b) La obligación internacional para el Tribunal Constitucional de utilizar el Control de Convencionalidad *ex officio*

PETITORIO

42



I. JUSTIFICACIÓN

El *amicus curiae* (amigo de la corte o amigo del tribunal) es la opinión jurídica y voluntaria que ofrecen terceros ante un Tribunal para colaborar con la resolución de un proceso.

En el sistema jurídico mexicano existen precedentes sobre el planteamiento del *amicus curiae*, en los que se entendió como un documento válido *per se*, lo que no hace obligatorio que el juzgador se manifieste en cuanto a su contenido. Entonces, esta figura jurídica debe entenderse como una herramienta disponible al juzgador para ayudar a clarificar criterios y estándares que, en el presente caso, se relacionan sustancialmente con los derechos humanos.

Además del reconocimiento que esta Honorable Corte otorga al *amicus curiae*, es una figura procesal reconocida por diversos tribunales internacionales, como la CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, la CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, los TRIBUNALES PENALES INTERNACIONALES PARA LA EX YUGOSLAVIA Y RUANDA, así como por la CORTE ESPECIAL PARA SIERRA LEONA.

Por último, se reitera que esta actuación tiene como interés la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en tanto conciencia jurídica y ética de la humanidad, cuya labor permanente nos corresponde a todos y todas.



II. OBJETO DEL AMICUS CURIAE

El principal interés de esta representación es mostrarle a la Corte IDH una perspectiva del caso no sólo en relación con las alegadas violaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en perjuicio de la Sra. Karen Atala y sus hijas, sino desde el análisis de las repercusiones colectivas del caso en relación a que:

- La legislación en materia familiar en el Estado de Chile ocasiona, por su sola vigencia, diversas violaciones a los derechos humanos y a los deberes generales de adecuar el derecho interno.
- Es aplicable la competencia material de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención BELEM DO PARA), en relación con las disposiciones del Código Civil Chileno que fomentan patrones culturales estereotipados basados en conceptos de subordinación.
- Asumiendo que el recurso de queja, tramitado ante la Corte Suprema de Chile, se considerara como adecuado para decidir sobre el fondo del asunto, pese a ello, el actuar de las autoridades judiciales contribuyó, aún más, a una aplicación desigual de la ley y no atendió a su obligación de realizar un control de convencionalidad *ex officio* que contemplara estándares conformes a la CADH.

Asimismo, si bien no será materia de desarrollo en el presente escrito, no podemos omitir hacer referencia a que, en el escenario de que dicho recurso de queja no fuera el adecuado para que la Corte Suprema decidiera el fondo del asunto —tal como lo han alegado los representantes de las víctimas y la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos—, entonces el máximo tribunal del Estado chileno actuó arbitrariamente fuera de toda regla mínima del debido proceso.



III. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

El Principio *Iura Novit Curia* se basa en la posibilidad de que se aleguen otros hechos o derechos que no estén incluidos en la demanda, al respecto, esta Ilustre Corte ha determinado que:

Tiene la facultad de analizar la posible violación de artículos de la Convención no incluidos en los escritos de demanda y contestación de la demanda, así como en el escrito de solicitudes y argumentos de los representantes, con base en el principio iura novit curia, sólidamente respaldado en la jurisprudencia internacional, "en el sentido de que el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente", en el entendido de que se le dará siempre a las partes la posibilidad de presentar los argumentos y pruebas que estimen pertinentes para apoyar su posición frente a todas las disposiciones jurídicas que se examinan².

En este sentido, y a pesar de que no todos los argumentos señalados en este *amicus curiae* forman parte de las violaciones alegadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH), del análisis de la información recabada por esta representación y atendiendo a la posibilidad que brinda este principio, sometemos los siguientes argumentos en espera de que sean considerados por esta Corte IDH.



IV. BASE FÁCTICA RELACIONADA CON EFECTOS COLECTIVOS DE LAS VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS ATRIBUIBLES AL ESTADO CHILENO

IV.1 Hechos relacionados con la separación

El 29 de marzo de 1993 se casó. En 2002 la pareja decidió separarse definitivamente y de mutuo acuerdo resolvió que la madre mantendría la tuición de las menores con un régimen de visita semanal a la casa del padre³. En noviembre de 2002, su pareja se mudó a vivir con ella y sus hijas⁴.

IV.2 Hechos relacionados con la demanda de tuición

El 30 de enero de 2003, el padre de las menores interpuso una demanda de tuición ante el Juzgado de Menores de Villarrica aduciendo descuido y desamparo de la madre a través de su opción sexual y riesgo de que contrajeran

² Cfr. Caso "Instituto de Reeducción del Menor". Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párrs. 124 a 126; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyaui. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 178; Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 142; Caso Maritza Urrutia. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 134; Caso Myrna Mack Chang, supra nota 2, párr. 128; y Caso "Cinco Pensionistas". Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 153.

³ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 14; Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 40.

⁴ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 15.

enfermedades de transmisión sexual⁵.

El 10 de marzo de 2003 el padre solicitó la tuición provisional alegando incapacidad de su madre⁶.

El 2 de mayo de 2003, el Juez Titular de Menores de Villarrica concedió, a solicitud del padre, la tuición provisional de las menores al padre y reguló las visitas a la madre, a pesar de que el juez reconoció expresamente que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre que ameritaran el cambio de la tuición existente⁷.

El 13 de mayo de 2003, la Sra. Atala solicitó la inhibición del Juez Titular de Menores de Villarrica con base en la causal de implicancia contenida en el Código Orgánico de Tribunales, misma que se consideró procedente al día siguiente con fundamento en el artículo 120 del Código de Procesamiento Civil⁸.

El 29 de octubre de 2003 la Jueza Subrogante del Juzgado de Letras de Villarrica dictó sentencia definitiva rechazando la demanda⁹, ya que con base en el artículo 42 de la Ley No. 16.618 y los hechos, no se desprendía la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores¹⁰.

El 11 de noviembre de 2003 el padre interpuso un recurso de apelación y una solicitud provisional de no innovar. El 24 de noviembre de 2003 la Corte de Apelaciones concedió la orden de no innovar¹¹.

El 18 de diciembre de 2003 se ordenó la entrega de las niñas a la madre¹².

El 7 de enero de 2004 dos ministros de esa Corte, quienes participaron en el fallo, se excusaron de seguir conociendo del asunto, por lo que la Sra. Atala presentó una queja disciplinaria en su contra. Por ello, se suspendió la sentencia de devolución de las niñas¹³.

El 30 de marzo de 2004, la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó por unanimidad la sentencia apelada¹⁴ y dejó sin efecto la tuición provisional concedida al padre¹⁵.

El 5 de abril de 2004 el padre presentó ante la Corte Suprema un recurso de queja en contra de los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco, solicitando provisionalmente a las niñas bajo su cuidado. Dicha solicitud fue acogida por la Corte al dictar una orden de no innovar el 7 de abril de 2004¹⁶.

⁵ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 16.

⁶ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 43.

⁷ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 17; Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 48.

⁸ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 49.

⁹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 17.

¹⁰ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 50.

¹¹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 19.

¹² Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 18.

¹³ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 57.

¹⁴ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 19.

¹⁵ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 58.

¹⁶ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 19 y Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 59.

El 31 de mayo de 2004, la Cuarta Sala de la Corte Suprema, en un fallo dividido de tres votos contra dos, acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre¹⁷. Mediante dicha sentencia se revocó de forma definitiva a la Sra. Karen Atala la tuición de sus tres hijas (5, 6 y 10 años de edad)¹⁸ porque consideró que las niñas se encontraban en una "situación de riesgo" que las ubicaba en un "estado de vulnerabilidad en su medio social" exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación¹⁹.


Sin embargo, el recurso de queja es exclusivamente disciplinario destinado a corregir las faltas o abusos graves cometidos en el dictamen de una resolución judicial y comporta sanciones administrativas para los jueces. Se utilizó para resolver cuestiones de hecho y de derecho planteadas en el juicio como si se tratara de una tercera instancia que no existe en el sistema procesal chileno²⁰. En el mismo sentido se expresaron dos jueces de la Sala de la Corte Suprema al resolver dicho recurso y enfatizar que así lo determina el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales²¹.

El 2 de julio de 2004 la Corte Suprema de Justicia de Chile resolvió la queja interpuesta por la Sra. Atala, indicando que se hizo un severo llamado de atención a los ministros²².


IV.3 Hechos relacionados con la ley invocada para resolver el caso

El régimen de tuición de los niños de padres separados es regulado en Chile por los artículos 225, 226 y 227 del Código Civil, así como se relacionan con el artículo 242 del mismo Código y el artículo 42 de la Ley 16.618²³. El artículo 225 por su parte estipula que:

"Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.....En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres..."²⁴.



La Corte Suprema interpretó que el inciso primero del artículo citado no era una norma absoluta y definitiva, por lo que podría cesar la tuición en interés superior del niño si existía una causa calificada²⁵, entendiendo por esta el que se encontraran en una situación de riesgo que las colocaba en estado de vulnerabilidad en su medio social²⁶.



Según los peticionarios, el fallo contraviene el principio de igualdad ante la ley porque no se fundamentó en las causales de inhabilidad legal previstas para revocar la tuición de sus hijas, aplicando discriminatoriamente las normas sustantivas de la tuición, reduciendo el interés superior de las niñas, a vivir en una

¹⁷ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 20 y Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 60.

¹⁸ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párrs. 1, 2 y 13.

¹⁹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 21.

²⁰ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párrs. 13 y 22.

²¹ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 64.

²² Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 57.

²³ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, nota al pie número 15.

²⁴ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 25.

²⁵ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 61.

²⁶ Cfr. Demanda de la CIDH, párr. 63.

familia tradicional heterosexual y "estructurada normalmente"²⁷ sin considerar su deseo expreso de permanecer con su madre²⁸.

Se alega que existían medidas menos invasivas, como un régimen amplio de comunicación con el padre, que no fueron consideradas por la Corte Suprema, y en su lugar se optó por la medida más restrictiva, la total separación de las niñas de su madre²⁹.

IV.4 Hechos que destacan de la defensa argumentada por el Estado chileno

a) Excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna.

En su defensa, el Estado señala que los recursos internos no han sido plenamente agotados porque la Sra. Atala puede interponer una nueva demanda de tuición de sus hijas bajo el derecho chileno³⁰, pues la "institución de la cosa juzgada formal" que opera en los procesos de familia, permite la revisión de los fallos judiciales si la base fáctica de la decisión cambia³¹.

Al respecto, la Comisión consideró que se agotaron debidamente todos los recursos puesto que el Estado no presenta información específica que lleve a concluir que un nuevo juicio de tuición estará revestido de la idoneidad y efectividad³² para remediar las violaciones cometidas, siendo que este caso han sido objeto de una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Chile, máxima instancia judicial y de apelaciones de dicho país³³.

b) Excepción preliminar de cuarta instancia.

Los peticionarios pretenden controvertir una decisión judicial dictada dentro del marco de las garantías mínimas del debido proceso³⁴.

La Comisión reiteró que es competente cuando existe referencia a una sentencia judicial nacional dictada al margen del debido proceso o violatoria de cualquier otro derecho garantizado por la Convención³⁵.

c) Fondo del asunto.

Por otro lado, indicó que los tribunales de justicia deben intervenir, a solicitud de parte legitimada, para resolver un conflicto familiar generado por la incapacidad de los individuos de resolverlo por sí solos, en virtud del principio de inexcusabilidad que sancionan la Carta Política y el Código Orgánico de los Tribunales. El fallo

²⁷ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 26.

²⁸ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 30.

²⁹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 28.

³⁰ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párrs. 3 y 35. Al respecto, la Sra. Atala alega se agotaron todos los recursos judiciales internos y si demanda nuevamente la tuición, ningún juez va a fallar a su favor dada la inexistencia de independencia judicial interna frente a este tipo de casos ante la Corte Suprema de Justicia (Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 32).

³¹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 43.

³² Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 52.

³³ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 54.

³⁴ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 59.

³⁵ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 59.

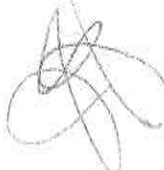
tomó lugar en el contexto de un juicio de tuición iniciado por el ex cónyuge de la Sra. Atala, y por tanto, los tribunales chilenos no podían "sino conocer y resolver", ejecutando su función propia de solucionar controversias en el ejercicio de una potestad irrenunciable del Estado³⁶.

En su defensa, el Estado señala que se basó en el interés superior de las niñas³⁷ pues en la sentencia se valoró un bien o derecho superior en protección, pues el juez o jueza debe optar por preferir un derecho en primacía del otro, resultando preeminente los derechos de los niños por sobre el derecho de su madre³⁸.

El Estado asevera que en "materia de cuidado personal no es el derecho de los padres el que se ventila, sino que el del niño o niños afectados." Específicamente aduce que "en efecto, es así como en este tipo de materias tiene preeminencia el interés superior del niño, siendo este el principio guía del derecho nacional e internacional, aspecto que no considera la denunciante en su petición y que determinó la radicación de la crianza y cuidado de las tres niñas en su padre, y no en el simple hecho de su opción sexual, en la cual ella pone el acento como marco de una supuesta discriminación y trato desigual"³⁹.

Asimismo destaca que uno de los argumentos del Estado es que el contexto cultural de Chile es conservador, citando que hasta hace dos años se cuenta con la posibilidad de divorcio⁴⁰.

No obstante, indicó que con motivo del caso se estaban realizando reuniones de trabajo sobre políticas públicas y medidas contra la discriminación y en este contexto se han discutido interesantes antecedentes sobre diversos e importantes cambios que se están experimentando en las instituciones públicas, las cuales muestran una disposición a trabajar conjuntamente para superar visiones más tradicionales⁴¹.



Al respecto, destacó que en el reporte de cumplimiento de las recomendaciones señaladas en el informe 139/09, el Estado indicó que la Corte Suprema refirió no contar con facultades para adoptar dichas medidas de reparación, que la Sra. Atala era quien debía promover un juicio de hacienda para reclamar la reparación correspondiente.



V. VIOLACIONES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 1.1 DE LA CADH POR LA EXISTENCIA DE DISPOSICIONES LEGALES VIOLATORIAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA OMISIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PARA ADECUAR EL DERECHO INTERNO



IV.1 Disposiciones legales del sistema jurídico chileno

³⁶ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 37.

³⁷ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párrs. 3 y 35. Al respecto, la Sra. Atala alega se agotaron todos los recursos judiciales internos y si demanda nuevamente la tuición, ningún juez va a fallar a su favor dada la inexistencia de independencia judicial interna frente a este tipo de casos ante la Corte Suprema de Justicia (Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 32).

³⁸ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 36.

³⁹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 35.

⁴⁰ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 40.

⁴¹ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párr. 42.

De acuerdo con el capítulo III de la Constitución Política de la República de Chile, destaca que el artículo 19 numerales segundo, tercero y cuarto reconoce los derechos a la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley y a la protección de la familia. Asimismo, su numeral 26 establece las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...)

2º La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley. Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;

3º La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. (...)

4º El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia. La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares. Además, los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respectivo serán solidariamente responsables de las indemnizaciones que procedan;

(...)

26º La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

En particular, tomando en cuenta dicho numeral vigésimo sexto del artículo 19 constitucional, el Código Civil chileno podría ser considerado como el precepto que regula y limita el derecho a la protección de la familia en tanto se trate de asuntos de separación de los padres y la determinación de derechos sobre los hijos. En ese sentido, atendiendo los hechos del caso destaca lo siguiente.

a) En materia de divorcio

La Sra. Atala y el Sr. López Allende contrajeron matrimonio el 29 de marzo de 1993, siendo que decidieron separarse en marzo de 2002. Sin embargo, el Código


Civil no preveía la figura del divorcio⁴² pues su artículo 102 señala que "*El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*".

Fue hasta la emisión de la Ley No. 19.947 (de 17 de mayo de 2004)⁴³ que mediante los artículos 3, 42 y 53 se reconoció la facultad del Juez en materia familiar para decidir en casos de nulidad, separación y divorcio, estableciendo que el matrimonio podía terminarse por sentencia firme de divorcio.

Al respecto, resulta entonces que al momento de los hechos, es decir en el año 2002, el Código Civil vulneraba de forma general afectando a la sociedad chilena en su conjunto lo señalado por el artículo 17.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), pues contempla la posibilidad de disolución del matrimonio.

Asimismo, su contenido no se armonizaba con lo señalado por los artículos 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 3 y 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 16.1 c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante CEDAW), los cuales reafirman como parte del derecho a la familia y el matrimonio la eventualidad de disolución de dicho vínculo.

Aún más, habría que tener en cuenta que el COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER señaló en su Recomendación General No. 21 que es indebido que los Estados dispongan los derechos de los cónyuges sobre la base de otros principios diversos a los contenidos de la CEDAW en tanto que limitan los derechos de la mujer⁴⁴. Igualmente, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS en su Observación General No. 19, partiendo del supuesto de existencia de procedimientos de separación o de divorcio, señala que la igualdad en derechos entre los esposos se aplica a los motivos, los procedimientos y arreglos relativos a la disolución del matrimonio⁴⁵.



En este sentido, no solo resulta relevante que el propio Estado chileno reconociera la inexistencia de la figura de divorcio al momento de separación de la Sra. Atala del Sr. López, sino que además el Gobierno pretende justificarse al señalar que las divergencias familiares deben ser resultas por los particulares y solo el Estado interviene cuando estos resultan incapaces de hacerlo, **omitiendo su obligación central de garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de todas las personas tanto a contraer matrimonio como a disolverlo libremente.**

Aunado a ello, es preocupante que la actual Ley No. 19.947 que permite la disolución del vínculo matrimonial establece:

⁴² Los artículos 121 y 122 del Código Civil solo hacen referencia a la disolución del matrimonio por nulidad derivada de la incompetencia del funcionario q lo celebre, testigos inhabilitados o que no sean en el número requerido por la ley.

⁴³ Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/leyes/category/19-en-materias-de-familia.html?lang=es> Consultada al 18 de agosto de 2011.

⁴⁴ Cfr. ONU. Comité CEDAW. Recomendación general N° 21 "La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares", 13° período de sesiones (1994), párrs. 17, 18

⁴⁵ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación general N° 19 Artículo 23 - La familia, 39° período de sesiones (1990), párrs. 8 y 9.

- En sus artículos 21 a 25 la figura de la "separación de los cónyuges" entendida como el alejamiento de facto, de común acuerdo y con regulación de sus relaciones, alimentos y régimen de bienes, así como cuidado de los hijos. Siendo que dicho acuerdo debe constar por escrito en escritura pública, acta o fallo judicial. No obstante, el artículo 32 indica que dicha figura *no los habilita para volver a contraer matrimonio*.
- Si bien permite y regula el divorcio como manera de terminar el matrimonio, señala entre sus causales la conducta homosexual⁴⁶.

De tal forma, la legislación vigente con posterioridad al año 2004 continúa vulnerando el derecho de las personas a disolver libremente su matrimonio, así como legaliza una discriminación estructural contra de las personas que habitan en territorio bajo jurisdicción chilena y cuyas preferencias sexuales sean diversas a la heterosexual.

b) Sobre las reglas para modificar la titularidad de la tuición de los hijos

Tal como se desprendía de la legislación vigente al año 2002, la Sra. Atala y el Sr. López de mutuo acuerdo resolvieron sobre la tuición de sus tres hijas menores de edad, quedándose ella a su cuidado y teniendo su padre una visita semanal. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en ese momento el Código Civil chileno disponía en su artículo 225 como regla que "Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos".

Al momento de demandarse la tuición, en el año de 2003, el padre de las niñas alegó al amparo del párrafo tercero *ab initio* del mismo artículo 225 que señala "Cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres".

En ese sentido, de acuerdo con la legislación civil vigente⁴⁷:

- Por mandato de ley, la mujer es quién debe encargarse del cuidado de los hijos.

⁴⁶ Artículo 54.- El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común. Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos: (...)4º.- Conducta homosexual; (...).

⁴⁷ Artículo 225. Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros.

- Solo por acuerdo de ambos padres, dentro de un plazo de 30 días puede anotarse en el acta de nacimiento del hijo que su cuidado corresponderá al padre.

En ese sentido, dichas disposiciones (que aún continúan vigentes) vulneraron claramente lo señalado por el artículo 17.4 de la CADH que indica el deber de los Estados de tomar medidas para "asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo".

El COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER en su Recomendación General No. 21⁴⁸ expresó en relación con la situación de la mujer en la familia que lo señalado por el artículo 16 de la CEDAW sobre el deber de los Estados de adoptar medidas adecuadas para asegurar condiciones de igualdad en los asuntos relacionados con las relaciones familiares, en el marco de los derechos y responsabilidades como progenitores (independientemente del estado civil) y respecto de la tutela de los hijos considerando primordialmente el interés de los hijos, que aún existía una desigualdad *de jure* en virtud de que se asignan a la mujer *funciones diferentes*. Por lo que resaltó que *el tratamiento de la mujer en la familia tanto ante la ley como en privado debe conformarse con los principios de igualdad y justicia*.

En particular, indicó que los progenitores deben compartir sus obligaciones respecto del cuidado, protección y mantenimiento de los hijos, detectando que: *"En la práctica, sin embargo, algunos países no respetan el principio de igualdad de los padres... cuando las madres están divorciadas o viven separadas, muchas veces los padres no comparten las obligaciones"*. Por lo que reiteraba que debía imponerse por ley que esos derechos y obligaciones eran compartidos puesto que *"Los Estados Partes deberían velar por que conforme a sus leyes, ambos padres, sin tener en cuenta su estado civil o si viven con sus hijos, compartan los derechos y las obligaciones con respecto a ellos en pie de igualdad"*, señalando que atribuir a la mujer las tareas de tener hijos y criarlos afecta sus derechos e *impone una carga de trabajo injusta*.

- El cuidado de los hijos puede asignarse judicialmente al otro de los padres solo por causa de maltrato, descuido u otra "causa calificada".
- Puede dejarse el cuidado de los hijos a persona diversa de los padres en caso de "inhabilidad física o moral de ambos padres"⁴⁹.
- Cuando una persona casada tiene un hijo fuera de ese matrimonio y le corresponde el cuidado del mismo, el código sustantivo indica que "sólo podrá tenerlo en el hogar común con el consentimiento de su cónyuge"⁵⁰.

Al respecto, es preocupante que la ley considere la posibilidad de que una persona pueda excluir sus responsabilidades de paternidad o maternidad sobre un hijo nacido fuera de matrimonio con base en la opinión subjetiva de un tercero

⁴⁸ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Recomendación general N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 13º periodo de sesiones (1994), párr. 5 Artículo 16.1 d) y f), párrs. 12, 13, 19, 20 y 21.

⁴⁹ Artículo 226 del Código Civil chileno (en adelante CCC).

⁵⁰ Artículo 228 del CCC.

ajeno a la relación de filiación y, principalmente, sin que se trate de la decisión de algún juez que vele por el interés superior del menor.

Lo anterior, a la luz de lo señalado por el Comité en la Recomendación aludida, es un claro ejemplo de que *"En la práctica, sin embargo, algunos países no respetan el principio de igualdad de los padres de familia, especialmente cuando no están casados. Sus hijos no siempre gozan de la misma condición jurídica que los nacidos dentro del matrimonio"*⁵¹.

- Los derechos de los padres a convivir con sus hijos, corregirlos y decidir sobre su educación se extinguen en casos de abandono o de inhabilitación moral que haya determinado el retiro de su cuidado⁵².
- Cuando el caso sea decidido por un juez, debe considerarse el interés superior del niño y tendrá en cuenta su opinión⁵³.

Según lo señalado por los artículos 3 y 12, así como 5 y 18 de la Convención sobre Derechos del Niño, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO ha considerado como principios generales "el interés superior del niño, su derecho a expresar su opinión y que se le tenga en cuenta", y los "derechos y deberes de los padres"⁵⁴, los cuales tienen una naturaleza indispensablemente interconexa que no se pueden entender cumplidamente si son aisladas. Dichos bloques de derechos no son compatibles en el marco chileno en virtud de que un juez es habilitado para poder retirar la tuición de los hijos por inhabilitación moral o causa justificada.

En ese sentido, considerando las reglas precedentes, éste último artículo del Código a **pesar de reconocer el principio general del interés superior del menor** (mismo que incluso presuntamente constituyó la base de la decisión judicial para retirar a las hijas de la Sra. Atala de su cuidado), **no tiene un efecto útil porque el sistema civil chileno está construido sobre una perspectiva desigual, colocando en plano de inferioridad a la madre, permitiendo la exclusión de obligaciones y haciendo diferencias cuando se trata de niños fuera de matrimonio.**

Si bien el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ha reconocido que todo niño debido a su condición de menor tiene derecho a medidas especiales, además, los Estados tienen la obligación de poner especial atención para garantizar que en la legislación y la práctica se elimine la discriminación entre los hijos legítimos y los hijos extramatrimoniales, de cumplir con su responsabilidad de intervenir para restringir la patria potestad (tuición) de los padres cuando *faltan gravemente a sus deberes o maltratan o descuidan al niño*, pudiendo separar al niño de su familia cuando las circunstancias lo exijan.⁵⁵

Así, el Código Civil omite establecer o regular medidas para la protección de los menores, centrándose indebidamente en aspectos subjetivos de los

⁵¹ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Recomendación general N° 21 La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares*, 13° periodo de sesiones (1994), párr.19.

⁵² Artículos 229, 234, 236, 238 y 239 del CCC.

⁵³ Artículo 242 del CCC.

⁵⁴ Cfr. ONU. Comité de los Derechos del Niño. *Observación General No. 1 "Propósitos de la educación"*, 26° periodo de sesiones (2001), párr. 6.

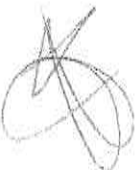
⁵⁵ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 17 "Artículo 24 – Derechos del niño"*, 35° periodo de sesiones (1989), párrs. 4, 5 y 6.

padres. Es coherente, en parte, al establecer el retiro de la tuición en caso de maltrato, ya que es posible detectar un hecho, la valoración de una situación perjudicial y un resultado favorecer para el niño. Sin embargo, **cuando señala la inhabilidad moral o deja abierta la posibilidad de "cualquier causa justificada", lo que entra en juego es la discrecionalidad judicial sin parámetros objetivos de decisión.**

Consecuentemente, lo sucedido a la Sra. Atala muestra claramente que en un sentido general y colectivo no es intención y objetivo de la ley velar por el interés superior de los menores en tanto que se enfoca en la asignación de obligaciones a la madre y se las retira cuando subjetivamente se le juzga como inhábil moral para cumplir con sus responsabilidades.

Esto, explica desde un punto de vista legal el contenido enteramente moral e inadecuado en una perspectiva de derechos humanos de la decisión de la Corte Suprema de Chile y también desecha el alegato del Estado respecto a la posibilidad de que la Sra. Atala podía demandar la tuición de sus hijas.

Es evidente que, sobre la base legal descrita, era innecesario agotar un procedimiento que si bien podría ser considerado adecuado, notoriamente sería inefectivo en virtud de la base legal vigente porque la hipótesis legal de "cualquier causa justificada" siempre permitirá la inclusión de hechos no previstos por la ley y no necesariamente objetivos. Ello mantiene en una cierta inseguridad los derechos de los padres que se hallen sometidos a escrutinio, pues representa una causal infinita de posibilidades que arbitrariamente la ley deja en manos del juez, delegándole una facultad legislativa más que interpretativa para decidir según su juicio moral y no jurídico.



Por ello, puede concluirse desde un aspecto colectivo, que en realidad **las reglas para modificar la tuición de los niños atenta contra su dignidad y constituye un sistema discriminatorio establecido por ley** porque no justifica la diferenciación de trato entre los hijos legítimos y fuera del matrimonio, no regula claramente la situación de los hijos cuyos padres decidan divorciarse o separarse, sino que el Estado omite su responsabilidad de garantizar su debida protección delegando a los padres la decisión sobre la base de reglas injustas, mediante la asignación de deberes diferenciados a hombres y mujeres, ni persigue el propósito legítimo de velar por su interés superior ya que no se someten a control judicial todas las situaciones que afectan a los menores y cuando un juez decide sobre ello cuenta con un amplio margen de discrecionalidad con base en criterios no razonables y no objetivos.



c) Sobre la causal de abandono

En particular, ante la ausencia de una definición en el Código Civil o la Ley sobre lo que ha de entenderse por abandono, se ha interpretado que *"El menor se ve amagado en su derecho de tuición cuando los padres no velaren por su crianza, cuidado personal o educación, lo que implica "abandono" y este abandono coloca a los menores en peligro material y moral. Es, en consecuencia, el juez el representante legal de los menores y quien tiene la obligación de tuición..."*⁵⁶

⁵⁶ Juez de Letras de Curanilahuc, 20 de abril de 1993, RDJ, tomo XC, secc. II, pág. 52 (*Ibidem*,

d) Sobre la causal de inhabilitación moral de la madre

El artículo 42 de la Ley No. 16.618 establece que:

Artículo 42° Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilitación física o moral:

1° Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2° Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3° Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo;

4° Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5° Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6° Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7° Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

Dicho artículo ha sido interpretado, en relación con la conducta de la madre que ejerce la tuición de los hijos, de la siguiente manera:

*"El hecho de convivir la madre con quien no es su cónyuge legítimo ni con el padre de los menores, en el mismo hogar que éstos habitan, la inhabilita en los términos de los artículos 223 inciso 2° del Código Civil y 42 No 6° de la Ley de Menores, por cuanto con ello da un manifiesto y permanente mal ejemplo, que implica un necesario peligro para la moralidad de los hijos, debiendo entregarse al padre la tuición"*⁵⁷.

En ese sentido, como se expresó en la sección b) *supra*, no solo preocupa que la ley establece un sistema discriminatorio, sino es particularmente grave que el órgano judicial se rija por aspectos morales para decidir sobre las obligaciones de las personas.

En tal sentido, es innegable que el retiro de la tuición a una madre por vivir con una persona diversa al padre de sus hijos, representa o se asemeja más al reproche moral por no cumplir a satisfacción el rol que socialmente se asigna a las

pág. 38).

⁵⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 1989, RDJ, tomo LXXXVI, secc. II, pág. 30 (Loc. cit.).

mujeres en patrones culturales de subordinación al matrimonio (que legalmente se consideraba indisoluble).

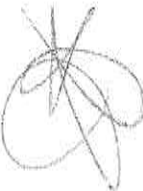
e) Sobre el amplio margen de decisión de los jueces

Teniendo en cuenta lo anterior, debe valorarse por este Alto Tribunal que también están en consideración el derecho a la familia de los niños y el derecho de los padres y los hijos a no ser sufrir injerencias arbitrarias en su ejercicio.

De acuerdo con las reglas civiles aludidas, el caso de la Sra. Atala y sus hijas hace evidente que en un sentido general, la aplicación de la ley con tan amplio margen de discrecionalidad vulnera los derechos de todos los miembros de una familia.


Por ejemplo, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS ha reconocido que la protección de la familia y sus miembros se refiere a que no serán objeto de injerencias arbitrarias, con una protección concreta de los derechos de los niños y de todas las personas que la integran. Dicha protección se realiza mediante medidas legislativas, administrativas u otras. Entre ellas, indica que:

*Los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia, y es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio, prohibiéndose todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos*⁵⁸.



Así las cosas, ya hemos analizado las medidas legislativas tomadas por Chile, ahora, considerando que el Estado ha señalado que las autoridades solo intervienen hasta en tanto lo soliciten los particulares, expondremos cómo se ha desarrollado en un sentido general la oficiosidad judicial al momento de garantizar el ejercicio del derecho a la protección de la familia de los menores y los padres.

Legislación aplicable



Las disposiciones del Código Civil son complementadas por la Ley No. 16.618 (Ley de Menores)⁵⁹, publicada el 8 de marzo de 1967. De ella destaca:

Artículo 26° Corresponderá a los Jueces de Letras de Menores:

1) Determinar a quién corresponde la tuición de los menores, declarar la suspensión o pérdida de la patria potestad y autorizar la emancipación; (...).

Considerando que dicho Código no define qué debe entenderse por tuición, cuáles

⁵⁸ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Observación General No. 19 "Artículo 23 –La familia"*, 39º periodo de sesiones (1990), párr. 1, 3, 8 y 9.

⁵⁹ Disponible en <http://www.minjusticia.gob.cl/leyes/category/19-en-materias-de-familia.html?lang=es> Consultada al 18 de agosto de 2011.

son las otras causas justificadas o cómo debe entenderse la inhabilidad moral de los padres, es a la luz de la interpretación judicial de ese artículo 26 que se ha construido el contenido esa institución legal, sus causales de suspensión o extinción.

Definición de tuición

*"Derecho a la tuición es aquel que asiste al menor para ser defendido o protegido y que lleva el deber correspondiente de las personas titulares de la obligación, sean ellas señaladas por la ley o por el tribunal competente"*⁶⁰.

Así, en principio se establece que el cuidado del menor es un derecho del propio niño y una obligación de sus padres.

Interés superior del niño como criterio de decisión

*"En materia de tuición y de visitas de un menor se aplica la doctrina del interés superior del niño, conocida como de la "Providencia", que es la disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin, que no es otro que el bienestar del niño..."*⁶¹.

En consecuencia, el bienestar del niño es el objeto que debería salvaguardar el juzgador.

Límites al ejercicio de la tuición a cargo de los padres

*"La tuición no ha sido concebida para que los padres de un menor puedan disfrutarla egoísta y arbitrariamente; por el contrario, se contempla como derecho del niño para que a través de ella se le brinden cuidado y protección, en la forma más conveniente para su salud física y psíquica. Al resolverse sobre la tuición de un menor, más que la posición de los padres, debe considerarse la situación del propio menor, y no puede alterarse un ambiente de tranquilidad y felicidad del que está gozando, con el pretexto de que no se desee perseverar en un acuerdo llegado por los propios padres respecto de su tuición"*⁶².

Si bien en su definición general se establece que la tuición es una obligación de los padres, también se establece que su ejercicio está restringido a que no la ejerzan "egoísta" y "arbitrariamente".

En ese sentido, a pesar de que el fin de protección del menor sea legítimo, es evidente que el egoísmo y la arbitrariedad (calificativo que necesariamente requiere de una acción que la Ley o el juez omiten indicar, resultando por tanto, una categoría en blanco) no son criterios objetivos ni razonables para que legalmente se determine sobre el cumplimiento de las obligaciones legales de una persona.

⁶⁰ Juez de Letras de Curanilahue, 20 de abril de 1993. RDJ, tomo XC, secc. II, pág. 52, citado en *Repertorio de Legislación y jurisprudencia chilenas: Derecho de Menores*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1ª ed. Chile, 2000, pág. 17.

⁶¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de julio de 1996, RDJ, tomo XCIII, secc. II, pág. 90 (*Ibidem*, pág. 40).

⁶² Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de mayo de 1989, RDJ, tomo LXXXVI, secc. II, pág. 43 (*Loc. cit.*).

Tipos de tuición y valoración de la prudencia para determinar obligaciones

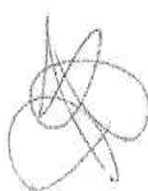
*"La decisión del juez en orden a disponer la entrega de la menor a su madre aparece adoptada sin antecedente necesario, cual es el de otorgar la tuición definitiva o provisoria. Se acoge recurso de queja, dejando sin efecto la resolución que ordenaba la entrega inmediata del menor a su madre legítima, por haberse excedido la jueza en las facultades que la ley le confiere o que la prudencia aconseja"*⁶³.

Si bien el Código no establece expresamente esta posibilidad, se ha interpretado su existencia en virtud del desarrollo de un proceso judicial que decide sobre el ejercicio de la tuición a cargo de los padres.


Lo que trasciende de este criterio se relaciona con la posibilidad de que una sentencia favorable para que una madre conserve su derecho a la tuición (ya que, recordemos, según el Código a ella corresponde en primera instancia) puede ser anulada porque un juez haya decidido "sin prudencia".

No hace falta señalar que la virtud de la prudencia en el actuar de las personas no es una categoría jurídica válida que pueda ser utilizada como parámetro de decisión judicial, por permanecer enteramente al campo de la moral y no de la ley.

Criterios para determinar cuándo se otorga la tuición a los padres separados



*"[Tuición de hijas menores a su padre legítimo] La Ley de Menores es más amplia conceptualmente que el marco rígido de las reglas de tuición del Código Civil, que no contienen disposiciones perentorias que digan relación con casos en que la tuición deba discernirse por una separación de los cónyuges. En efecto, la Ley de Menores está inspirada en principios de previsión, ya que las menores tienen derecho a que se les asista ampliamente cuando se encuentren en una situación que aparenta caracteres de irregularidad. Para determinar la persona a quien deba entregársele la tuición debe tenerse como buena razón que el menor quede en un ambiente de hogar en el cual ojalá haya vivido, para que no sufra violencia en su personalidad afectiva ni padezca alteraciones emocionales posteriores"*⁶⁴.



Este criterio se vuelve relevante en tanto la propia autoridad judicial reconoce el vacío legislativo que no regula la situación jurídica de los menores cuyos padres decidan alejarse, pero igualmente no es diáfana al utilizar el lenguaje "separar", pues como ya señalamos con anterioridad, en la ley civil chilena existen tanto la figura del divorcio como la figura de la separación.

De tal forma, tanto la ley deja en un incertidumbre jurídica la situación de los menores, como el Poder Judicial chileno no es consecuente con la aplicación estricta del principio del interés superior del niño, pues no ordena que el juez que conozca del asunto valore en amplitud las características del caso, sino se remite a presumir que la mejor solución es que el menor permanezca en el mismo hogar, por prejuzgar como perjudicial el cambio de sus circunstancias sin tener o establecer como obligación contar con un base objetiva y sólida de apreciación de prueba que lo acredite así.

⁶³ Corte Suprema de Chile, 15 de mayo de 1986, RFM No. 330, pág. 202 (*Ibid*, pp. 18 y 36).

⁶⁴ Corte Suprema de Chile, 19 de marzo de 1990, RFM No. 376, pág. 46 (*Ibidem*, pág. 40).

Es decir, es perceptible que la decisión del juez se ubica en nivel de percepciones y prejuicios sobre el mantenimiento de una estructura familiar rígida, presumiendo que vivir en un hogar diverso causará violencia emocional en el menor.

Criterios para determinar cuándo la madre puede recuperar la tuición

*"[Cesión de tuición] La tuición que otorga la ley a los padres puede ser cedida frente a situaciones puntuales, pero variando éstas puede ser reclamada por la madre y disponer de la tuición del menor como mejor lo aconseja su cariño de progenitora"*⁶⁵.

Es claro que el criterio judicial está orientado por aspectos morales que no tienen relación alguna con causales objetivas específicas sustantivas que procesalmente otorguen un interés legal para ejercer acción civil con el fin de obtener la tuición de los hijos, como lo sería acreditar por ejemplo, de violencia familiar ejercida en contra del menor, pues esto sería válido argumentarse en beneficio del propio niño (que constituye el bien jurídico tutelado por la ley).

De este criterio parece desprenderse que la causal de procedencia para que una madre que ha perdido la tuición presente la demanda correspondiente, se identifica con la existencia de "cariño de progenitora", lo que evidentemente tiene origen y perpetua un patrón cultural de subordinación y asignación de tareas en la vida privada y pública según el sexo de las personas y sus aspectos fisiológicos.

Efectos provisionales de las sentencias

*"La protección de los menores es imperativo social y por ende se estima que al resolver deberá entregarse la custodia y protección de los hijos a aquel de los padres que, según los antecedentes aportados, procure las mejores condiciones para el desarrollo armónico de ellos. Los efectos de las resoluciones que se pronuncian en materia de menores son esencialmente provisionales, pudiendo variar si cambian las circunstancias que las originaron"*⁶⁶.

Al respecto, debe entenderse que "las mejores condiciones" se vinculan con los atributos morales que la ley y los juzgadores (mediante los precedentes judiciales ya señalados) consideran como adecuados y convierten en el parámetro legal de decisión. Es decir, el buen ejemplo moral es en realidad aquel que orienta la decisión judicial sobre las obligaciones de una persona y no se tienen criterios razonables y objetivos para restringir adecuadamente los derechos de los menores o de padres.

Tampoco debe pasar inadvertido que esa moralidad tiene como base patrones culturales en los que claramente se espera que una mujer que se convierte en madre críe a sus hijos, no disuelva su vínculo matrimonial o, en todo caso, no conviva con otra pareja diversa al padre de sus hijos. Cuando esto no ocurre, la ley y la interpretación judicial identifican como justo y han establecido como legal, que se le retire, suspenda o extinga el cuidado de sus hijos por considerar inmediatamente su conducta como "peligrosa" para el bienestar del menor.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Valdivia, 23 de octubre de 1986, RDJ, tomo LXXXIII, secc. II, pág. 99 (*Ibid*, pág. 41).

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 14 de mayo de 1993, RDJ, tomo XC, secc. II, pág. 71 (*Ibidem*, pág. 40).

En ese sentido, resulta grave que el órgano judicial encargado de aplicar la ley, lejos de salvaguardar las anomalías jurídicas y tenga por objetivo garantizar los derechos de las personas, se convierta en aquel que perpetúa ideologías incompatibles con una perspectiva de género y de pleno respeto por los derechos humanos, decidiendo las obligaciones de los padres con base en valoraciones morales de lo que corresponde a una mujer o a un hombre realizar respecto a sus hijos y sus familias.



VI. VIOLACIONES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 24 DE LA CADH EN CONEXIÓN CON LOS ARTÍCULOS 6 Y 8 DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA PARA PREVENIR, SANCIONAR Y ERRADICAR LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

VI. 1 La obligación de evitar prácticas estereotipadas

a) Del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia

El derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia establecido por la Convención BELEM DO PARA está vinculado con el "reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos⁶⁷", así como acentúa su derecho a ser protegida en igualdad por y ante la ley. Expresamente, sus artículos 6, 7 y 8 reconocen la relación que existe entre la violencia de género y la discriminación, al indicar que tal violencia es un reflejo de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres⁶⁸.

De tal forma, el derecho de la mujer a una vida libre de violencia incluye, como lo establece el artículo 6 señalado, los siguientes derechos:

- derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- derecho de la mujer a *ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.*

En este orden de ideas, si el derecho enunciado se interpreta en conjunto con el artículo 7, surgen obligaciones para los Estados parte de la Convención BELEM DO PARA, a saber:

[...] adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia [...]

e. tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

⁶⁷ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 9 de Junio de 1994, artículo 4, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> Consultado al 18 de agosto de 2011.

⁶⁸ Véase <http://www.cidh.oas.org/women/Accesso07/cap1.htm> Consultado al 18 de agosto de 2011.

h. adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.

De dicha interpretación conjunta también se genera la obligación de adopción progresiva de medidas específicas para la modificación de estos patrones y estereotipos.⁶⁹

Por ello, de la Convención BELEM DO PARA se desprende que **el reconocimiento tácito de los estereotipos es una forma de violencia contra de las mujeres**; también, surge la obligación del Estado de asegurar que las mujeres sean valoradas sin este tipo de ideas y concepciones sociales al asegurar las medidas apropiadas para su cumplimiento, siendo imperante la modificación de las leyes y las practicas jurídicas o consuetudinarias que perpetúen estos patrones y estereotipos, condiciones que, de existir, permiten la desigualdad histórica entre hombres y mujeres.

En el presente caso, estos derechos deben ser considerados como vulnerados en perjuicio de la Sra. Karen Atala por las razones expuestas.

b) De los sistemas patriarcales y de los estereotipos

El sistema patriarcal presenta formas de opresión y legitimación, no sólo relacionadas con la desigualdad en la esfera de lo público, sino, de manera esencial, con las prácticas que tienen lugar en la esfera de lo privado. Se fundamenta en la división que, en lo social, es construida de los sexos y, por lo tanto, se le confiere el carácter de normal o natural en la conducta humana, en la que la violencia y la desigualdad se tejen en las ideologías y estructuras.

En este contexto, las estructuras patriarcales se perpetúan a través de la familia, la escuela y el mercado laboral, mismas que generaron una serie de dicotomías y estereotipos que se transmiten a los hombres como jefes y encargados de la familia, mientras que la mujer quedó, dentro de la "tradición", en una posición de subordinación, que implica mantenerse invisible y relegada al *cuidado de la familia como las encargadas del trabajo reproductivo*.

A su vez, esta Corte IDH señaló en algunos casos, como Campo Algodonero vs. México, que los estereotipos de género se refieren a una pre-condición de atributos o características poseídas o papeles *que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente*. Por ello, la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer⁷⁰.

Con anterioridad, la Comisión IDH estableció, en el caso de María Eugenia Morales de Sierra, su preocupación sobre las consecuencias graves de la discriminación contra las mujeres y las nociones estereotipadas de sus papeles, señaló que la aplicación de *"nociones estereotipadas del papel de las mujeres y los hombres, no constituyen un criterio apropiado para asegurar la igualdad y el adecuado*

⁶⁹ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer "Convención Belem do Para", artículo 8, disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html> Consultada al 18 de agosto de 2011.

⁷⁰ Cfr. Corte IDH. *Campo Algodonero Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009. Serie C No 205, párr. 401.

*equilibrio de los derechos y responsabilidades entre hombres y las mujeres en la esfera familiar*⁷¹.

En ese sentido, el COMITÉ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER en su Recomendación General 25 determinó la obligación que tienen los Estados Partes de garantizar que no exista discriminación directa —ni indirecta— contra la mujer en las leyes y que, en el *ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación* —se cometida por las *autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares*— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación, así como, la obligación del Estado de hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque *se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales*⁷².

En este sentido, también es necesario recalcar que si la expectativa ideal se identifica con la igualdad formal, ésta no garantiza la eliminación de instancias de discriminación, pero sí permiten impulsar transformaciones en la vida social.

c) De las leyes chilenas

En este apartado se exponen las razones por las cuales es preocupante el lenguaje e interpretación que se da en relación con las leyes en materia de niñas, niños y adolescentes y el papel estereotipado que en ellas se le da a la mujer, situación que impacta de forma directa en el caso de la Sra. Karen Atala.

La legislación Chilena en materia de niñas, niños y adolescentes, en particular el Código Civil Chileno (CCC) establece una distinción entre padres y madres que, en un primer momento, parece positiva ya que especifica las obligaciones correspondientes a ambos padres. Sin embargo, en nuestra opinión establece normas en las cuales es notable un papel estereotipado de la mujer como aquella que debe de permanecer en el hogar y dirigir a la familia.

El CCC señala en su artículo 225 lo siguiente:

Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos.

No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas

⁷¹ Cfr. Comisión IDH, Informe No 4/01 (caso 11.625), María Eugenia Morales de Sierra vs. Guatemala, 19 enero de 2001, párr. 44.

⁷² Cfr. ONU. Comité CEDAW. Recomendación general N° 25 "Párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - Medidas especiales de carácter temporal", 30º período de sesiones (2004), párr. 7.

solemnidades.[...]

De conformidad con el artículo 11 de la Ley sobre filiación No. 19.585 de Chile⁷³ se establece que:

11. La patria potestad y la tuición de los hijos, quedan supeditados al interés superior de niño. Sin embargo la patria potestad se le otorga por ley al padre y la tuición a la madre.

En este sentido, ambos preceptos parten del supuesto de que a la madre le corresponde por ley, y por natura, el cuidado de los hijos y al tomar en cuenta la posición de subordinación en la que se encuentra la mujer frente al hombre, en el que éste es el proveedor y administrador de los bienes y en el que aquélla desempeña una participación en el ámbito privado identificada con un rol de familia tradicional.

Al respecto, el artículo 226 del ccc señala que:

Podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes. [...]

A su vez, la Ley de menores No. 16.618, que complementa lo señalado con anterioridad, establece lo siguiente:

Para los efectos del artículo 226 LEY 19585 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres Art. 5º Nº 1 se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral:

1º Cuando estuvieren incapacitados mentalmente;

2º Cuando padecieren de alcoholismo crónico;

3º Cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo:

4º Cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en los lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad, ya sea en forma franca o a pretexto de profesión u oficio;

5º. Cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores;

6º Cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad;

7º Cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material.

⁷³ Publicada en el Diario Oficial Chileno el 26 de octubre de 1998. Disponible en: http://www.juicios.cl/dic300/LEY_19_585.htm Consultada al 18 de agosto de 2011.

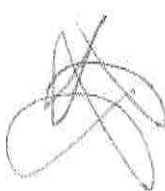
Al entrar al análisis del caso concreto, el Juez Titular de Letras de Menores de Villarica determinó, mediante resolución del 2 de mayo de 2003, conceder la tuición provisional de las niñas al padre, en dicha resolución se argumentó:

“Que, de esta forma es de estimarse de suficiente causa justificada el hecho cierto de que la demanda ha privilegiado su bienestar personal sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones, que pueden afectar el desarrollô posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada y tradicional, cobran gran importancia.”

De esta forma, tal como lo indicó la Sra. Atala, dicha resolución judicial dio *“forma y contenido [...] a un determinado modelo de sociedad, visión que a no dudarlo es materia de fondo de la cuestión planteada, y que resulta discriminador por fundarse en estereotipos y supuestos patriarcales que no acogen y valoran la diversidad y pluralismo en el seno social.”*

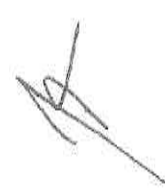
Por esa situación, es preocupante para esta representación, la resolución judicial basada en estereotipos de género en perjuicio de mujeres, y es más alarmante aún, que este tipo de resoluciones suelen ser comunes y determinantes en los procesos jurídicos chilenos, ejemplo de ello son las siguientes decisiones:

Al respecto, la Corte Suprema de Chile (csc) ha determinado que:



*[...] demostrando una absoluta falta de interés por ellas, sin perjuicio de que ha llevado una vida irregular y que es emocionalmente inestable [...]*⁷⁴

Por su parte, en decisiones donde se interpretó el artículo 42 de la Ley 16.618, la csc resolvió que:



*“El hecho de convivir la madre con quien no es su cónyuge legítimo ni con el padre de los menores, en el mismo hogar que éstos habitan, la inhabilita en los términos de los artículos 223 inciso 2º del Código Civil y 42 No 6º de la Ley de Menores, por cuanto con ello da un manifiesto y permanente mal ejemplo, que implica un necesario peligro para la moralidad de los hijos, debiendo entregarse al padre la tuición”*⁷⁵.

“No habiéndose planteado en forma alguna que la madre sea depravada, procede examinar si el mérito de autos acredita inhabilidad que afecta a la madre para privarla de la tuición de sus hijas”⁷⁶.

Por todo lo anterior, y a partir de la obligación del Estado Chileno de adecuar su legislación y brindar la protección contra discriminación de la Mujer, con relación a las decisiones en las que los estereotipos de género afectan la valoración y determinación objetiva de los procesos en los cuales se ven inmersas, criterios

⁷⁴ Corte Suprema, 19 de marzo de 1990. RFM N° 376, pág 47; Corte Suprema, 19 de marzo de 1990, RDJ, tomo LXXXVII, secc I, pág 11.

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de mayo de 1989, RDJ, tomo LXXXVI, secc. II, pág. 30.

⁷⁶ Corte Suprema, 19 de abril de 1990 GJ No 124, pág 120.

judiciales que impactaron de manera directa en la resolución y determinación del caso de la Sra. Karen Atala, es por lo que esta Corte IDH debe considerar que se cometió una violación en perjuicio de los derechos de la Sra. Karen Atala, en específico, su derecho de no sufrir violencia.

Además, debe valorar la posibilidad de pronunciar que dichas violaciones cometidas y acreditadas en el caso concreto de la Sra. Atala hacen evidente que las mujeres chilenas en su conjunto son igualmente víctimas de dicha violencia, así como el Estado viola directamente su obligación de adoptar disposiciones que garanticen el goce y ejercicio de los derechos, pues de la legislación civil vigente y la interpretación judicial que de ella se realiza⁷⁷, se desprende claramente que el Estado sabe, tolera y omite modificar los patrones que relegan y asignan roles sociales específicos para las mujeres⁷⁸.



VII. VIOLACIONES A LOS ARTÍCULOS 2 Y 1.1 EN CONEXIÓN CON LOS ARTÍCULOS 24, 29 Y 30 DE LA CADH, A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN RELACIÓN CON EL DEBER DE REALIZAR UN CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La resolución del presente caso en la jurisdicción interna, lejos de relacionarse con las excepciones procesales interpuestas por el Estado de Chile, se vinculan indudablemente con los siguientes aspectos que este Alto Tribunal no debe pasar por alto:

- La no aplicación de los criterios de interpretación más favorables (*pro personae* e interés superior de la niña) para las víctimas (tanto la Sra. Atala como sus hijas) al momento de resolver sobre la demanda de tuición interpuesta en su contra.
- La restricción ilegítima e indebida de los derechos de la Sra. Atala a la familia y a la igualdad ante y en la aplicación de la ley, sobre la base de su pertenencia a dos grupos desfavorecidos, sufriendo discriminación en virtud del género y su identidad sexual diversa.
- La vulneración de las obligaciones generales de adoptar disposiciones en el derecho interno y respeto de los derechos humanos, al momento en que la Corte Suprema de Chile aplicó una ley violatoria de los derechos humanos de las víctimas, así como en lo colectivo reforzó una práctica judicial violatoria de los derechos de las mujeres y sentó un precedente judicial violatorio de los derechos de las personas con identidad sexual diversa.

VII. 1 La importancia de la interpretación progresiva de los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de los Estados

a) La consideración de los cambios sociales.

Atendiendo a la clásica distribución de poderes y a la funciones que le corresponden a los órganos que integran un Estado, es posible llegar a la

⁷⁷ Expuestas en la sección V *supra*.

⁷⁸ Tal como lo indicó, incluso, en su defensa citada en la sección IV.4 inciso c *supra*.

conclusión de que la importante, y muchas veces necesaria, labor de interpretación de la constitución recae, de manera primordial, en el Poder Judicial de los Estados. Por lo que son los Tribunales Constitucionales o las Cortes Supremas, en su caso, las encargadas de dar sentido y significado a las disposiciones constitucionales de acuerdo con la evolución de la sociedad y conforme el reconocimiento, garantía y goce de los derechos humanos lo exija.

Si tomamos en consideración que la constitución de un Estado es la norma fundante del sistema jurídico⁷⁹ por medio de la cual se sentarán las bases de la vida democrática de un pueblo así como los derechos reconocidos a favor de cada uno de sus integrantes, es necesario reconocer que su interpretación debe ser acorde con las exigencias, cambios y evolución de la propia sociedad⁸⁰.

Así pues, resulta importante considerar a la sociedad como un elemento dinámico que vive cambios que se presentan a lo largo del tiempo y de la mano de situaciones sociales, económicas, políticas y culturales que van trazando su devenir. Es decir, la sociedad, al no ser un elemento estático en la vida de un determinado Estado, va tejiendo sus intereses y formas de vida a través del conocimiento y experiencias resultantes del avance intergeneracional de los miembros que la constituyen.

Derivado de la evolución de la sociedad, las instituciones jurídicas y sociales del Estado tampoco presentan un carácter inamovible, sino que requieren de una adaptación acorde a las exigencias de las personas que la integran.

Por ello, si bien los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas deben observar y atender las exigencias de la sociedad, deben hacerlo de manera integral, es decir, tomando también en igual consideración a las minorías o grupos en situación de vulnerabilidad que hacen parte de ella. No es posible consentir que los órganos de un Estado, en especial el Poder Judicial, se basen únicamente en las opiniones o exigencias de la mayoría⁸¹, toda vez que el reconocimiento de los derechos de las personas no puede estar supeditado a la voluntad de un grupo mayoritario.

b) Los derechos de las personas de la comunidad LGBTTTI

En ese orden de ideas, los Tribunales nacionales habrán de tomar en consideración las exigencias y cambios culturales de la sociedad, incluyendo situaciones en las que se encuentren en valoración, restricción o decisión sobre el ejercicio de los derechos de las personas con una orientación sexual distinta a la heterosexual o que tengan una identidad o expresión de género diferente al resto de la población. En particular, las Cortes deben tener en cuenta que:

⁷⁹ Véase Balaguer Callejón, María Luisa. *El Recurso de Inconstitucionalidad*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001, pág. 194.

⁸⁰ Véase Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, México), *Acción de Inconstitucionalidad 2/2010* promovida por el Procurador General de la República, 16 de agosto de 2011, pág. 90, párr. 240.

⁸¹ Véase Dworkin, Ronald. *Virtud Soberana: La teoría y práctica de la igualdad*. Traducción de Fernando Aguiar y María Julia Bertomeu. Paidós: Estado y Sociedad. España, 2003, pág. 11.

- Independientemente de la identidad sexual de las personas, tienen la obligación de respetar y garantizar el goce y ejercicio de todos sus derechos.
- No obstante, no pueden considerar negativamente dicha expresión para restringir indebidamente esos derechos.
- No pueden omitir valorar esa orientación o intentar colocarlos en un plano de igualdad respecto al resto de la población, toda vez que en ciertas ocasiones la protección de sus derechos requerirá medidas afirmativas frente a la ley aplicable, las acciones administrativas o ciertas políticas estatales.

Así las cosas, si bien los Tribunales tienen una tarea interpretativa compleja tratándose de estos casos, no identificar dichos horizontes de protección sería omitir la aplicación del principio *pro personae* y vulnerar o colocar en mayor grado de desventaja a una persona con una identidad sexual diversa, como lo muestra el caso de la Sra. Atala.

c) La función del Poder Judicial frente a la comunidad LGBTTT

El Poder Judicial de un Estado, no debe ser considerado como una instancia encargada únicamente de impartir justicia, sino que debe cumplir con funciones que van más allá de la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico, es decir, debe constituirse como un órgano capaz de impulsar y promover la creación de una cultura basada en el respeto a los derechos humanos de todas las personas, especialmente, bajo el cobijo del principio de no discriminación.

Reafirmando lo anterior, los Tribunales Constitucionales o Cortes Supremas de todo Estado deben interpretar y aplicar la constitución como un instrumento capaz de reconocer, proteger y garantizar los derechos de toda persona sin menoscabo de su dignidad inherente y a la luz de las disposiciones internacionales sobre no discriminación consagradas en múltiples instrumentos de este carácter.⁸²

⁸² Cfr. ONU, Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/3/217 durante su III periodo de sesiones el 10 de diciembre de 1948, artículo 2; ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/2200 durante su XXI periodo de sesiones, New York, 16 de diciembre de 1966, artículos 2 1) y 26; ONU, Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/44/25 durante su XLIV periodo de sesiones, New York, 20 de noviembre de 1989, artículo 2; ONU, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias (CIPDTMF), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/45/158 durante su XLV periodo de sesiones, New York, del 18 de diciembre de 1990, artículo 7; ONU, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/61/106 durante su LXI periodo de sesiones, New York, 13 de diciembre de 2006, artículo 6; CE, Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), aprobado por el Consejo de Europa, Roma, 1950, artículo 14; OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969, artículo 1; OUA, Carta Africana

En particular, deben aplicar sus disposiciones bajo una lógica de respeto, reconocimiento y visibilización cuando se trate de los derechos humanos de un grupo que históricamente se ha considerado como desventajado⁸³.

El Poder Judicial de todo Estado no puede encaminar sus acciones a constitucionalizar o legalizar una situación de discriminación⁸⁴ en contra de la Comunidad Lésbico, Gay, Bisexual, Transexual, Travesti, Transgénero e Intersexual (LGBTTTI). Por el contrario, debe dirigir sus esfuerzos a lograr la construcción y el mantenimiento de una sociedad que se preocupe e interese por el respeto, garantía y acceso a los derechos de todas las personas por igual.

d) Jurisprudencia nacional comparada

Seguidamente, se expondrán algunos criterios judiciales de Argentina, México y Sudáfrica, mismos que abordan una problemática similar a la sufrida por la Sra. Atala. Cabe señalar que dichas decisiones han sido adoptadas con el objetivo de construir sociedades más democráticas y plurales que garanticen el respeto a sus minorías, por lo que han significado un gran avance en la interpretación de determinados derechos como el derecho a la igualdad ante la ley, a la no discriminación y el derecho a la vida privada de las personas homosexuales.

Argentina

A partir del año 2007⁸⁵ se presentaron diversas acciones de amparo que alegaban la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188⁸⁶ del Código Civil⁸⁷. De ellas,

sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (CADHP), aprobada por la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenia, 27 de julio de 1981, artículo 2; ONU, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/RES/2200 durante su XXI periodo de sesiones, New York, 16 de diciembre de 1966, artículo 2.2; OCI, Declaración del Cairo sobre los Derechos en el Islam (DCCI), aprobada por Organización de la Conferencia Islámica en su resolución n° 49/19-P durante la 19ª Conferencia Islámica de Ministros de Asuntos Exteriores, El Cairo, República Árabe de Egipto, del 9 al 14 de muharram de 1411 (31 de julio - 5 agosto 1990), artículo 1.

⁸³ Véase Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), Informe Especial sobre Violaciones a los Derechos Humanos por Orientación o Preferencia Sexual y por Identidad o Expresión de Género 2007-2008, México, 2008, págs. 31-32, párr. 84.

⁸⁴ Cfr. SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *op. cit.*, párr. 332.

⁸⁵ El primer amparo fue promovido por María Rachid y Claudia Castro que solicitaron contraer matrimonio en la Ciudad de Buenos Aires el 14 de febrero de 2007. El segundo lo interpusieron Alejandro Vannelli y Ernesto Larrese. En ambos casos, los jueces que conocieron de los amparos y las posteriores apelaciones, rechazaron los argumentos planteados, por lo que se decidió presentar un recurso extraordinario ante la Suprema Corte de Justicia: Bruno Bimbi, "La Corte fallará a favor del matrimonio igualitario", en *El Argentino*, 05.07.10. (Disponible en: <http://www.elargentino.com/nota-97263-La-Corte-fallara-a-favor-del-matrimonio-igualitario.html>, Consultado el 31 de julio de 2011)

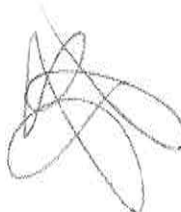
⁸⁶ Los cuales establecían que "[era] indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente" y los contrayentes debían declarar "que que[rían] respectivamente tomarse por marido y mujer".

⁸⁷ No obstante, en julio de 2010 mediante el decreto 1054/2010 fue promulgada la Ley 26.618 que modificó el Código Civil, la cual permite a las personas del mismo sexo contraer matrimonio (en

destaca la sentencia que recayó al amparo solicitado por Alejandro Freyre y José María Di Bello⁸⁸ fallado a su favor el día 10 de noviembre de 2009⁸⁹, mismo que constituyó el primer precedente en declarar inconstitucionales esos artículos.


Los argumentos vertidos por la Suprema Corte de Argentina⁹⁰ se encuentran relacionados con el caso *sub iudice* ya que desarrolla el valor que tiene para una sociedad democrática perseguir la coexistencia pacífica a través de una sociedad plural, la concepción del derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la libre personalidad y el principio de la no discriminación.

Entre los argumentos relevantes incide que se consideró que los tribunales tienden a incurrir en un error cuando no otorgan trascendencia a la coexistencia pacífica como una condición base en una sociedad democrática, en la que se debe contemplar la preservación de los intereses compartidos por un conjunto de personas, aún siendo minorías, pues ello permite la convivencia armónica⁹¹. De lo contrario se corre el riesgo de resguardar sólo los intereses de la mayoría, desconociendo otros no menos legítimos, siendo esto una gran amenaza al sistema democrático⁹².



En consecuencia, no es posible concebir *el derecho a la igualdad sólo como la igualdad entre iguales*, dejando así *que el Estado determine la noción de igualdad que será fuente de derechos*, ya que actualmente el derecho a la igualdad no está escindido del principio de no discriminación⁹³. Así, el derecho a la igualdad presupone el "derecho a ser quien sé es" y el Estado solo puede intervenir para proteger esa existencia y evitar que alguien la regule severamente. De tal forma, el reconocimiento jurídico de la diversidad es un acto de protección y más allá tiene el objeto de "construir un pensamiento de la diferencia"⁹⁴, porque requiere auspiciar los diversos proyectos de vida dentro de una estructura social mucho

http://www.argentina.ar/_es/pais/C2621-ley-de-matrimonio-gay.php Consultado el 31 de julio de 2011).



⁸⁸ Cfr. Sentencia de Amparo, Freyre Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, sobre Amparo artículo 14 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expediente 34292 /0, Juzgado de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, No. 15, 10.10.09.

⁸⁹ Cfr. Ley 26618/2010, emitida en el Boletín Oficial de la República de Argentina, Año CXVIII, No. 31.949, Buenos Aires, 22.07.10. Sancionada el 15.07.10 y promulgada el 21.07.10. (Disponible en: <http://boletin.boletinoficial.gob.ar/DisplayPdf.aspx?s=BPBCF&f=20100722> Consultado el 31 de julio de 2011).

⁹⁰ Es necesario apuntar que de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución de la Nación Argentina, el control de constitucional para el Poder Judicial es difuso (Cfr. Constitución de la Nación Argentina emitida en el Boletín Oficial de la República de Argentina, Año CII, No. 27.595, Buenos Aires, 23.08.94. Sancionada y promulgada el 22.08.94; disponible en <http://boletin.boletinoficial.gob.ar/DisplayPdf.aspx?s=BPBCF&f=19940823> Consultado el 31 de julio de 2011). Lo anterior implica que los tribunales inferiores son competentes también para interpretar directamente la Constitución y, en su caso, determinar la inconstitucionalidad de las normas controvertidas.

⁹¹ El Tribunal razonó que el objetivo de una sociedad democrática es garantizar y respetar los intereses de cada uno de los individuos que la conforman sin importar si forman parte de una minoría o una mayoría.

⁹² Cfr. Sentencia de Amparo, Freyre Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, op. cit., sec. V.

⁹³ Ibidem, sec. VII.

⁹⁴ Ibidem, sec. VIII.

más compleja⁹⁵.

Partiendo de dicha base, al analizar el artículo 11⁹⁶ de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires se estableció que la contradicción directa a las clasificaciones sospechosas de discriminación produce una presunción de inconstitucionalidad, por lo que se deben cumplir estándares muy exigentes en miras a su justificación.⁹⁷ Ello implica una **inversión en la carga de la prueba**, de modo tal que, es la parte que defiende la constitucionalidad de la norma la que **debe realizar "una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado a tal efecto"**.⁹⁸

En contraste con lo anterior, resulta evidente que la Corte Suprema de Chile no reparó en llevar a cabo un juicio de razonabilidad, para retirar la tuición a la Sra. Karen Atala, sino que al contrario quedó atrapada en argumentos cargados de prejuicios y estereotipos sobre la convivencia de dos personas del mismo sexo, sentido en el cual recayó igualmente la defensa del Gobierno en Buenos Aires.⁹⁹

En síntesis, **el Estado tiene el poder de trazar distinciones con fines legítimos, pero al hacer esto debe prestar especial atención en no basar las mismas en prejuicios y estereotipos que tienen por efecto excluir a categorías enteras de personas del legítimo ejercicio de un derecho¹⁰⁰, ya que, en los casos en que las personas que se apartan de la sexualidad "socialmente valorada", se convierten en víctimas de situaciones de discriminación social y jurídica, representan un sector usualmente vulnerado en el pleno goce y ejercicio de sus derechos.**¹⁰¹

Lo anterior cobra especial importancia al analizar la sentencia que retira la tuición a la Sra. Atala, pues uno de los argumentos utilizados implicaba que ella tenía derecho a ejercer libremente su sexualidad, pero siempre que la misma quedara reducida al ámbito de lo privado. Sin embargo tal y como argumenta el tribunal

⁹⁵ Cfr. Sentencia de Amparo, Freyre Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, op. cit., sec. VIII.

⁹⁶ Artículo 11. *Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de [...] orientación sexual, [...] o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La Ciudad promueve la remoción de los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad.*

⁹⁷ Loc. cit.

⁹⁸ Cfr. Fallos: 327:5118 y 329:2986, cit. en ídem.

⁹⁹ Este problema lo advierte claramente el tribunal argentino: "existen categorías o grupos sociales respecto de los cuales no resulta apropiada la presunción general en favor de la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos, cuando ellos los afectan en sus libertades básicas. Éste, es el sentido esencial que se le debe otorgar a lo que se ha dado en llamar el 'derecho de las minorías', consagrado expresamente en constituciones modernas y que se induce de [la Constitución Argentina]" (Cfr. Sentencia de Amparo, Freyre Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, op. cit., sec. IX).

¹⁰⁰ *Ibidem*, sec. IX.

¹⁰¹ Véase Kemelmajer de Carlucci, Aida "Derecho y homosexualismo en el derecho comparado" en *Derecho de familia*. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, volumen 13, págs. 185 y ss, cit en Sentencia de Amparo, Freyre Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, op. cit., sec. XV.

argentino:

Si el derecho de las minorías sólo alcanza para que sus miembros reciban tolerancia, poco se ha avanzado en el camino al respeto sincero y acabado por los planes de vida de las personas.

[...] no hay orientaciones sexuales o géneros buenos y malos: la opción sexual y el género son cuestiones extramorales y por ende, no hay un marco normativo que permita establecer géneros normales y patológicos¹⁰².

De igual forma la corte argentina sostiene que “[s]i la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales.”¹⁰³ Un paso importante y posible en una decisión judicial es el reconocimiento público de que existe una estigmatización y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan¹⁰⁴.

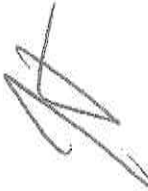
Esto último resulta de especial importancia en la lógica de caso de la Sra. Atala ya que en el mismo, los jueces a través de su decisión no hicieron más que perpetuar la estigmatización y discriminación que existe hacia la convivencia de parejas homosexuales.



México

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico mexicano, es relevante mencionar que con motivo de la reforma a los artículos 146 y 391 de Código Civil para el Distrito Federal¹⁰⁵ se permitió a las personas del mismo sexo contraer matrimonio en la Ciudad de México y se reconocen los derechos derivados de dicho acto. Con motivo de ello, el entonces Procurador General de la República interpuso la acción de inconstitucionalidad 02/2010 ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁰⁶, argumentando, entre otras cosas, que:

- La constitución mexicana consagra una concepción ideal de la familia, a saber, la integrada por padre, madre e hijos (familia nuclear) y por ende



¹⁰² Cfr. Sentencia de Amparo, Freyre Alejandro contra Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, op. cit., sec. XVI

¹⁰³ “De lo que se trata [...] es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicán como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce” (Ibidem, sec. XVII).

¹⁰⁴ Loc. cit.

¹⁰⁵ Derivado de la reforma en comento el texto del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal quedó como sigue: “ARTICULO 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.” Por su parte el artículo 391 quedó de la siguiente manera: “ARTICULO 391.- Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos.” Véase Código Civil del Distrito Federal, última reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 27 de enero de 2011.

¹⁰⁶ Cfr. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 op. cit.

cualquier concepción diversa contraviene la norma.

- El legislador contravino las disposiciones constitucionales al no haber realizado un análisis del impacto psico-social que tendría la convivencia de los menores adoptados por una pareja homosexual adoptante, lo cual se traduce en una afectación al desarrollo integral, igualdad y a la no discriminación de los menores¹⁰⁷.

Dichos alegatos guardan gran similitud con los criterios esgrimidos por la Corte Suprema de Chile para retirar la tuición a la Sra. Karen Atala, pues según expresa la sentencia, la convivencia de las menores con una pareja homosexual podría significar un perjuicio para las mismas y por ello, "estimó [tal convivencia] inconveniente para la formación y riesgos[a] para el desarrollo de las menores" en el actual contexto [conservador] de la sociedad chilena"¹⁰⁸.

Principalmente, la decisión que sobre el fondo tomó la Suprema Corte mexicana se vincula con el presente caso en razón del análisis de la objetividad y razonabilidad de sostener que la convivencia entre personas del mismo sexo, significa *per se* una situación de riesgo para los menores, lo cual torna necesaria la protección de éstos últimos en virtud del interés superior del menor.

En este sentido, la SCJN determinó que:

- Derivado de la pluralidad del Estado democrático, debe entenderse como protegido constitucionalmente la familia en un sentido social, cubriendo todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente¹⁰⁹.

En contraste, el argumento esgrimido por la Corte Suprema de Chile, ateniendo a que la sociedad no se encontraba preparada para permitir la garantía de los derechos a las personas homosexuales ni sus efectos sobre el interés superior del menor, ya que al parecer el contexto social chileno sólo permitía la protección y garantía de las uniones "tradicionales".

- Si bien es cierto que interés de los menores guarda un posición prevalente, ello *"no puede traducirse en que la orientación sexual de una persona o de una pareja le reste valor como ser humano o pareja y, por tanto, lo degrade a considerarlo, por ese hecho, como nocivo para el desarrollo de un menor"*¹¹⁰ y, por lo tanto, resulta inaceptable que deba prohibirse o

¹⁰⁷ En lo relativo a este punto, el Procurador General de la República mexicana arguyó que la convivencia derivada de la adopción realizada por uniones formadas por personas del mismo sexo, constituía una violación a los derechos del niño, ya que tal convivencia privaba a los menores "del derecho de estar en igualdad de circunstancias respecto de otros menores" integrados en una familia de padres heterosexuales, transgrediendo así el interés superior del menor (*Ibidem*, párr. 308).

¹⁰⁸ Cfr. CIDH. Informe de Admisibilidad No. 42/08, párrs. 35 y 40.

¹⁰⁹ Cfr. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *op. cit.* párr. 235. Lo anterior se traduce en que no existe razón objetiva ni razonable que permita aducir que solamente un tipo de familia "ideal" o "tradicional" merece la protección brindada por la ley y la Constitución, ya que la familia, antes de ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico" (*Ibidem*, párr. 238).

¹¹⁰ Por considerarse de fundamental importancia y de gran utilidad como criterio orientativo se transcribe la opinión técnica vertida por especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México a solicitud de la SCJN en el marco de la Acción de Inconstitucionalidad 02/2010: "No existe

considerarse el matrimonio o unión entre personas del mismo sexo *per se* como una afectación al interés superior del menor.¹¹¹

De igual forma la Suprema Corte sostuvo que cualquier razonamiento como el anterior, se encuentra prohibido por el artículo 1° constitucional que consagra, entre otras cosas, la prohibición de discriminación de las personas por preferencias o cualquier razón que signifique un atentado contra la dignidad humana.

Lo anterior adopta total importancia ya que se traduce en que **no puede sostenerse un argumento que signifique un trato diferenciado sin estar plenamente respaldado en argumentos objetivos y razonables, toda vez que de no ser así, se vulneran los derechos de las personas homosexuales, e incluso de las y los niños, al dejar "injustificadamente desprotegidos su derechos"**¹¹².

- Ahora bien, en lo referente al supuesto "perjuicio" que significa la convivencia de las y los menores con las parejas homosexuales y la protección que exige el interés superior del menor, se sostuvo que tal interés, demanda que el Estado garantice que las y los niños se convertirán en adultos en contextos que *prima facie* aseguren el cuidado sustento y educación de los menores.

Se puntualizó que **pensar que las familias integradas por personas del mismo sexo no satisfacen el referido esquema de protección, "implica caer en un razonamiento constitucionalmente contrario a los intereses de los menores que, [...] se quieren proteger"**¹¹³ lo cual significa que la preferencia u orientación sexual de un ser humano no puede ser el elemento determinante para que aquel, *a priori*, este impedido para convivir con los menores.

Esos argumentos contrastan ampliamente con los esgrimidos por la Corte Suprema de Chile, ya que la misma, lejos de hacer un análisis de la situación más benéfica para las hijas de la Sra. Atala atendiendo a criterios objetivos y razonables, su decisión tiene como base la presunción de que la convivencia de

ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia" (Cfr. *Ibidem* párrs. 314 y 315).

¹¹¹ De igual forma el estudio técnico realizado a la SCJN realizado por los especialistas de la Universidad Nacional Autónoma de México señaló que: "El interés superior de los menores consiste en su bienestar físico-mental, así como en el derecho a tener una familia o ser reintegrados en una familia cuando carecen de ella. Tanto las familias heteroparentales como las homoparentales pueden ofrecer las condiciones adecuadas para criar, cuidar y educar a niños (as) huérfanos o abandonados". Cfr. *Idem*.

¹¹² *Ibidem*, párr. 321

¹¹³ *Ibidem*, párrs. 322 y 324.

aquellas con Karen Atala y su pareja, significaba, por ese sólo hecho una trasgresión al interés superior del menor, sin tener argumentos que comprobaran tal perjuicio.

En este sentido, la SCJN para resolver una problemática similar, señaló que, el permitir la adopción (convivencia con los menores) a las personas homosexuales, no debe entenderse como una autorización automática e indiscriminada para adoptar. Sin embargo, el análisis del perjuicio o beneficio debe sujetarse al "sistema legalmente establecido, en cuanto tiene como finalidad el aseguramiento del interés superior del menor"¹¹⁴, y no basarse, como en el caso de la Corte Suprema chilena en la orientación sexual.

Asimismo, en relación con lo referente a que la convivencia de la Sra. Atala y su pareja con las menores significaría orillarlas a una situación de desigualdad y discriminación, la corte mexicana determinó en la acción de inconstitucionalidad aludida que adoptar una argumentación en ese sentido implica decir que todas y todos los niños que crecen en un contexto familiar distinto al heterosexual, están en desventaja frente a los otros¹¹⁵, porque *"el simple cuestionamiento a priori de que las parejas homosexuales afectan al interés superior del menor, es, en sí mismo, discriminatorio y se apoya, más bien, en prejuicios que, lejos de convalidarse, deben en todo caso, superarse"*¹¹⁶.

En conclusión, puede sostenerse que, todo Estado democrático de derecho que se precie de serlo, debe adoptar todas las medidas necesarias para eliminar cualquier forma de desigualdad y discriminación y no reproducirlas a través de sus actuaciones, ya tal situación, implicaría "legalizar" o "constitucionalizar"¹¹⁷ la discriminación con motivo de la identidad sexual.

Sudáfrica

El 1 de diciembre del año 2005, la Corte Constitucional de Sudáfrica, mediante resolución conjunta de los casos CCT 60/04 y CCT10/05¹¹⁸ abordó la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo a partir de la interpretación a diversos artículos de la ley denominada *Marriage Act*. Inicialmente, reconoció que si bien en la constitución no existe como tal un derecho fundamental al matrimonio, ello no implicaba que no existieran mecanismos para su protección así como para su acceso a través de los principios de igualdad y no discriminación.

Con el objetivo de iniciar su argumentación, la Corte Sudafricana analizó la situación en la que vivían (o viven) las personas homosexuales en el ya mencionado país, tomando en consideración elementos históricos que necesariamente han incidido en la situación puesta a su consideración. Así como hace uso de decisiones anteriores relacionadas con el reconocimiento de los derechos de estas personas.

¹¹⁴ *Ibidem*, párr. 326.

¹¹⁵ *Cfr.* Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, *op. cit.* párr. 329.

¹¹⁶ *Ibidem*, párr. 335.

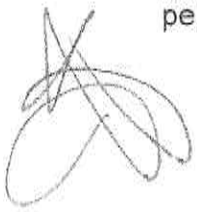
¹¹⁷ *Ibidem*, párr. 332.


¹¹⁸ Véase *CCS, Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, *op. cit.*, pág. 27, párr. 45.

En primer lugar, este tribunal trae a colación lo esgrimido en la sentencia al caso *Sodomy* en el sentido en el que reconoce que los hombres gays son una minoría permanente dentro de la sociedad que ha sufrido en el pasado a causa de patrones de desventaja socialmente contruidos¹¹⁹. Del mismo modo, con el objetivo de hacer extensivo el reconocimiento de la situación de desventaja antes mencionada a las mujeres lesbianas, retoma los argumentos señalados en la sentencia al caso de *Home Affairs*¹²⁰ y añade que la discriminación que han sufrido tanto gays como lesbianas remarca el mensaje que pretende transmitir, es decir, que tanto como individuos como parejas, las personas homosexuales no poseen la misma dignidad humana o no son dignas del respeto que toda persona merece en comparación con las personas heterosexuales¹²¹.

Asimismo, la Corte analiza y reconoce que las personas homosexuales han sido vistas como personas que únicamente presentan intereses o afecciones emocionales y sexuales con personas de su mismo sexo, dejando de lado y desconociendo todas las demás características y sentimientos que puede llegar a tener el ser humano. Así, el mismo tribunal sostiene que esta concepción errónea de la homosexualidad implicaría reducir a las personas homosexuales a seres que se definen únicamente con base en su sexo y en su sexualidad¹²².

Del análisis realizado, así como haciendo uso de resoluciones judiciales anteriores, el tribunal llega a reforzar el reconocimiento de ciertos derechos de las personas homosexuales¹²³, entre otros:

- 
- El derecho constitucional de estas personas a la igualdad y a la dignidad;
 - El derecho constitucional a no ser discriminado;¹²⁴
 - El derecho a que la orientación sexual no sea una conducta penada;
 - El derecho por igual de las personas homosexuales a expresar y manifestar su amor, amistad, afecto, caridad y/o sexualidad;
 - El derecho a adoptar, de manera individual, a niños y niñas y, en el caso de lesbianas, a concebirlos o concebirlas.



Por otra parte, uno de los aspectos más relevantes de la sentencia en comento y que hace de la interpretación constitucional realizada por la Corte un ejercicio que puede ser considerado como adecuado, es el hecho de que centra su análisis en

¹¹⁹ Véase ccs, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 (1) SA 6 (CC); 1998 (12) BCLR 1517 (CC). (The *Sodomy* case.)

¹²⁰ Véase ccs, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others* 2000 (2) SA 1 (CC); 2000 (1) BCLR 39 (CC). (The *Home Affairs* case.) At para 42.

¹²¹ Véase ccs, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, *op. cit.*, pág. 30, párr. 50.

¹²² Véase ccs, *Minister of Home Affairs and Another v Fourie and Another*, *op. cit.*, pág. 32, párr. 52

¹²³ Véase ccs, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*... *op. cit.*, párr. 53

¹²⁴ La Constitución de Sudáfrica en su numeral 9(3) señala expresamente a la orientación sexual como una característica sobre la cual se prohíbe totalmente la discriminación.

cuatro ejes rectores¹²⁵:

- El hecho de que la familia en Sudáfrica es una institución jurídica que ha sufrido modificaciones derivadas del cambio y de la evolución de la misma sociedad, por lo que no resultaría correcto encuadrar a dicha institución en un único concepto social y jurídicamente aceptable.
- La existencia de una imperiosa necesidad constitucional de reconocer la marginación y persecución, no sólo en Sudáfrica, sino en todo el mundo de personas homosexuales, es decir, de aquellas personas que tienen las mismas características generales que el resto de la población, pero con la diferencia de que su orientación sexual es tal que expresan deseo erótico y afinidad por personas de su mismo sexo.
- Que a pesar del avance que se ha logrado en determinadas materias, aún no existe una regulación jurídica integral que contemple los derechos de familia de personas homosexuales.
- El reconocimiento de que la Constitución sudafricana representa una ruptura con un pasado plagado de intolerancia y exclusión, y la aceptación de la necesidad de desarrollar una sociedad basada en la igualdad y el respeto hacia todas las personas.

Con base en lo anterior, al señalar que la Constitución reconoce la variabilidad (tanto genética como sociocultural) de los seres humanos, afirma el derecho a ser diferente y celebra la diversidad de la nación. De esta forma, el tribunal llega a estimar que el reconocimiento de la diversidad que emana de las diferentes formas de orientación sexual será un elemento característico y distintivo de la sociedad nacional¹²⁶.

Concretamente respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, la Corte Constitucional señala que la figura del matrimonio trae aparejadas consecuencias y obligaciones en relación con las y los niños en tanto que son sujetos integrantes de una familia¹²⁷.

VII.2 Estándar internacional en relación con el interés superior del niño.

Chile, como Estado parte de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN)¹²⁸ está obligado internacionalmente a tomar medidas que atiendan el interés superior de la o el niño en todas las acciones concernientes a las y los niños que tomen los tribunales, comprometiéndose a asegurar su protección y bienestar.¹²⁹

Específicamente, el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS recalcó que en el caso de la

¹²⁵ Véase *ccs, National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others... op. cit.*, párr. 59, pág. 37.

¹²⁶ *Ibidem* párr. 61, pág. 40.

¹²⁷ *Ibidem* párrs. 65-70, pág. 42-45.

¹²⁸ Chile firmó la Convención de los Derechos del Niño el 26 enero 1990 y la ratificó 13 agosto 1990.

¹²⁹ Convención de los Derechos del Niño (adoptada 20 noviembre 1989, entrada en vigor 2 septiembre 1990) 1577 UNTS 3 (CDN), artículo 3.

disolución del matrimonio se deben adoptar medidas que, tomando en cuenta el interés superior de las y los niños, les asegure la protección necesaria y les garantice relaciones personales con ambos padres.¹³⁰ A esto, el COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO agregó que el principio de interés superior de las y los niños exige que los órganos judiciales que apliquen dicho principio estudien de manera sistemática cómo los derechos e intereses de las y los niños se verán afectados por las decisiones que adopten.¹³¹

En el presente caso, los tribunales chilenos, en un principio, al entregar la tuición de las hijas de la Sra. Atala lo hicieron con base en el "interés superior de las niñas"; con posterioridad, la Corte Suprema de Chile determinó que la tuición de las hijas sería asignada a su padre, pero dicha decisión no se adecuó a los estándares internacionales, pues de los argumentos esgrimidos en realidad no se desprende que se realizara un análisis sistemático de los derechos e intereses de las niñas que se verían afectados por la decisión de separarlas de su madre ni que se haya buscado garantizar su relación personal con su madre. Por lo anterior, Chile falló en su obligación de analizar correctamente el interés superior de las niñas.

VII.3 Interpretación y alcance del principio de "interés superior del niño" a la luz de la Convención de los Derechos del Niño

En la práctica, el interés superior de las y los niños se determina con un estudio de distintos elementos, entre los que se encuentran: a) los riesgos que la o el niño puede correr en la situación familiar en la que está, b) la opinión de la o el niño acerca de su propia situación y c) que dicho interés se logre sin violar el principio de no discriminación. Es decir, el interés superior de la o el niño supone que se encuentre en la mejor situación posible, tomando en cuenta aspectos emocionales, psicológicos, económicos, entre otros, para lograr su óptimo desarrollo.

a) De la afectación por riesgo

La CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS estableció que los intereses de la o el niño pueden superar los intereses de los padres¹³², por ejemplo, cuando se dañe el desarrollo o la salud del niño¹³³.

En ese sentido, se pronunció el COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS al señalar que el interés superior de la o el niño exige que sólo cuando existan circunstancias

¹³⁰ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Observación General 17 "Artículo 24 - Los derechos del niño"*, 35º período de sesiones (1989), párr. 6.

¹³¹ Cfr. ONU. Comité de Derechos del Niño. *Observación General 5 "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)"*, 34º período de sesiones (2003), párr. 12.

¹³² Cfr. ECHR. *Fretté v. Francia*, Application no. 36515/97, 26 Febrero 2002, párr. 42; Cfr. ECHR. *Elsholz v. Alemania*, Aplicación no. 25735/94, 13 de Julio 2000, párr. 50; Cfr. ECHR. *E.P. v. Italia*, Aplicación no. 31127/96, 16 Noviembre 1999, párr. 62.

¹³³ *Elsholz v. Alemania*, párr. 50; Cfr. ECHR. *Johansen v. Noruega*, Aplicación no. 17383/90, 7 de Agosto de 1996, párr. 78.


excepcionales se debe separar a una madre de su hijo¹³⁴ y que al tomar la decisión de dar la tuición a un padre sobre otro, el tribunal tiene la obligación de explicar su interpretación sobre el "mejor interés de la o el niño" y "riesgo psicológico", a fin de establecer evidencia clara y amplia para concluir que en realidad existía dicho riesgo.¹³⁵

Por otro lado, también se debe buscar que la o el niño se encuentre en la mejor situación económica posible. El Comité determinó que los menores deben ser sujetos de una protección especial y que un Estado debe considerar cuidadosamente acciones con impacto económico que puedan afectar el bienestar y desarrollo de la o el niño.¹³⁶

En el presente caso, la Corte Suprema chilena estableció que las menores se encontrarían en una situación de riesgo que las ubica en un estado de vulnerabilidad dentro de su medio social si se quedaban con su madre. En esta forma, no explica su interpretación sobre el mejor interés de las niñas de la Sra. Atala, además de que carece de sustento o evidencia que concluya la existencia de un riesgo. Por lo tanto, no existe ningún vínculo que pueda concluir que el quedarse con su madre, pudiera dañar su desarrollo ni resulta contundente el presunto daño contra su desarrollo que se causaría a las niñas al permanecer con su madre.



b) Del deber de incluir la perspectiva de la o el niño dentro del proceso.



El artículo 12 de la CDN establece que los Estados partes deben garantizar el derecho de las y los niños a expresarse libremente y deben darles oportunidad de ser escuchados en todo proceso judicial que les concierna. En este sentido, la CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS señaló que bajo ciertas circunstancias que afecten el balance emocional y psicológico del menor, como su negativa constante de estar con alguno de sus padres, la decisión que tome el tribunal al tomar en cuenta el deseo o punto de vista del menor, se entenderá que se tomó respetando el interés de la o el niño.¹³⁷

Si bien las tres hijas de la Sra. Karen Atala expresaron durante los procedimientos de primera instancia que claramente querían permanecer con su madre —siendo ésta una de las razones principales para otorgarle la tuición a ella— dicha opinión

¹³⁴ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Sandra Fei v. Colombia*, Comunicación no. 514/1992, 4 abril 1995 (Disponible en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/3a6f420e4a5b682dc125685d0056040a/9da1dc462899bc6ac125664b002ccac3?OpenDocument> Consultado al 18 de agosto de 2011).

¹³⁵ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Juan Asensi Martínez v. Paraguay*, Comunicación no. 1407/2005, 27 marzo 2009 (Disponible en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/3a6f420e4a5b682dc125685d0056040a/31291719bec69457c12576400054800c?OpenDocument> Consultado al 18 de agosto de 2011); Véase *mutatis mutandis* ECHR. *Sommerfeld v. Alemania*, Aplicación no. 31871/96, 8 de Julio 2003, párr. 71.

¹³⁶ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Faraq El Dernawi v. Jamahiriya Árabe Libia*, Comunicación no. 1143/2002, 20 julio 2007 (Disponible en <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/CCPRcase.nsf/3a6f420e4a5b682dc125685d0056040a/78eb77c43d093bd2c12573b0002976f8?OpenDocument> Consultado al 18 de agosto de 2011).

¹³⁷ Cfr. ECHR. *Sommerfeld v. Alemania*, Aplicación no. 31871/96, 8 de Julio 2003, párr. 64.

no se tomó en cuenta por la Corte Suprema cuando decidió otorgar su tuición al padre. Inclusive, a raíz de esta decisión, las niñas catalogaron la separación con su madre como "traumática, abrupta e inesperada". Esto denota que el hecho de no haberlas escuchado y haber tomado una decisión sin tomar en cuenta sus deseos pone en riesgo su balance psicológico y emocional y por consecuencia, se dejó de lado el interés superior de las menores.

c) No discriminación

El artículo 2 de la CDN de forma clara establece que los derechos establecidos en dicha convención, entre los cuales está la obligación de respetar el interés superior de la o el niño, deben ser respetados por los Estados parte sin discriminación alguna por cualquier condición de la o el niño o de sus padres.

La palabra discriminación implica cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en cualquier motivo de raza, color, sexo, idioma, religión o cualquier otra condición, que tengan el efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de todas las personas, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.¹³⁸ En otras palabras, discriminación significa tratar de forma distinta, sin una justificación objetiva y razonable, a personas que están en situaciones similares.¹³⁹

Al respecto, la CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS ha establecido que el trato diferenciado basado en la orientación sexual no es objetivo ni razonable, pues no hay una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo que se persigue, especialmente cuando se trata de casos de padres homosexuales y el cuidado de los hijos.¹⁴⁰

Por lo tanto, la decisión de la Corte Suprema chilena al utilizar un razonamiento discriminatorio, como lo es el de la orientación sexual de la Sra. Atala, para determinar la tuición de las niñas al padre vulnera la obligación del Estado chileno que se desprende del artículo 2 de la CDN.

VII.4 Ausencia de Control de convencionalidad *ex officio*

a) El respeto y garantía de los derechos humanos como obligación constitucional y finalidad del Estado de Chile

Las obligaciones determinadas por el marco constitucional chileno están bastante claras, al respecto el artículo 1 de la Constitución de Chile establece que:

¹³⁸ Cfr. ONU. Comité de Derechos Humanos. *Observación General 18 "No discriminación"*, 37º periodo de sesiones (1989), párr. 7.

¹³⁹ Cfr. ECHR. *D.H. y Otros v. República Checa*, Aplicación no. 57325/00, 7 febrero 2006, párr. 44; Cfr. ECHR. *Willis v. Reino Unido*, Aplicación no. 36042/97, 11 junio 2002, párr.39.

¹⁴⁰ Cfr. ECHR. *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, Application no. 33290/96, 21 de diciembre 1999, párrs. 29 -36.

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

También en ese sentido, el artículo 5 de dicha Constitución menciona que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.”

Sobre el tema, el artículo 82.2 de la Constitución Chilena determina una obligación para el Poder Judicial, al respecto señala:

“Artículo 82. Son atribuciones del Tribunal Constitucional: [...]”

2º) Resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; [...]”

Mientras que el régimen constitucional de Chile determina el respeto y garantía de derechos esenciales, que se encuentran también reconocidos en instrumentos internacionales de los que sea un Estado Parte, la obligación que existe para el CSC consiste en dirimir los conflictos entre un tratado, una reforma constitucional o una ley, en ese supuesto, debe aplicar *ex officio* el control de convencionalidad.

b) La obligación internacional para el Tribunal Constitucional de utilizar el Control de Convencionalidad *ex officio*


Chile, como Estado Parte de la CADH¹⁴¹ está obligado a aplicar los estándares interamericanos de protección de los derechos, adaptar su derecho interno y tomar las medidas necesarias para garantizar su ejercicio adecuado, de conformidad con la interpretación que ha realizado este Alto Tribunal como su intérprete autorizado y en consideración del sistema dentro del cual se circunscribe dicho tratado. Al respecto, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* la Corte IDH sentenció que:

“[...] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de


¹⁴¹ Chile ratificó la CADH y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21 de Agosto de 1990.

la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]"¹⁴²

Esta resolución tiene un doble alcance, primero, porque es el primer caso en donde la Corte IDH establece como obligación a un poder judicial nacional que ejerza un control de convencionalidad entre sus normas internas y las disposiciones de la CADH; segundo, porque es una sentencia condenatoria contra Chile, lo que *per se* le da una vinculatoriedad plena entre sus disposiciones internas y sus obligaciones internacionales.



Por lo tanto, si la protección de los derechos humanos deriva de una norma constitucional y si Chile tiene una obligación internacional de adecuar sus resoluciones a los estándares que brinden mayor protección de esos derechos, de forma independiente a que su fuente se encuentre en una norma interna —como la constitución— o una norma externa —como un tratado internacional—, el órgano interno encargado de cumplir con ambas obligaciones es la Corte Suprema chilena.



A consecuencia, la actuación omisa de el máximo órgano judicial en Chile, al no adecuar sus resoluciones al contenido e interpretación conforme de la CADH, y en incumplimiento flagrante de sus obligaciones internacionales, el fallo emitido por esa Corte viola de manera grave los derechos de la Sra. Karen Atala y de sus hijas, así como se vulneran en un sentido colectivo los derechos y las obligaciones internacionales asumidas por Chile en los términos ya expuestos.

¹⁴² Almonacid Arellano vs Corte IDH, Sentencia 26 de septiembre del 2006, párrafo 124.



PETITORIO

Con base en todo lo expuesto, a la Ilustre Corte Interamericana de Derechos Humanos respetuosamente solicitamos que:

PRIMERO: Tenga por recibido el presente escrito en calidad de *amicus curiae*.

SEGUNDO: Considere los razonamientos antes expuestos a fin de dar un efecto y sentido colectivo a las posibles violaciones que pueda encontrar fundadas de los artículos 2, 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con la violación de los artículos 4f), 4g), 6 a), 6 b), 7a), 7e), 7h), 8b), 8c) y 8g) de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, y tener en consideración lo establecido por los artículos 3, 5, 12 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin otro particular,

ATENTAMENTE

DR. LUIS A. GONZÁLEZ PLACENCIA

**PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE DERECHOS
HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL**

DR. JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

**COORDINADOR DE LA MAESTRÍA EN
DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD
IBEROAMERICANA**